

legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 C.E., de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto, como acontece en el presente caso. Y ello con mayor razón cuando el órgano jurisdiccional, ha generado una confianza legítima en los recurrentes de que mantendría su criterio establecido en Sentencia firme, sobre la competencia del orden social para conocer de la cuestión planteada, lo que determina que no pueda, bajo el mismo marco legislativo, adoptar una resolución distinta, que resulta contraria a la confianza inducida por la razonable estabilidad de su primera resolución, en función de la cual los recurrentes han adoptado la decisión de recurrir en suplicación para intentar obtener un pronunciamiento más favorable a sus derechos y legítimos intereses que el obtenido en instancia.

6. La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso nos lleva a la estimación del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), lo que hace innecesario que entremos a examinar el resto de las quejas formuladas por los recurrentes. En efecto, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, al fundar su reconsideración sobre la competencia de la jurisdicción social para conocer de la litis sobre la base de la modificación legislativa reseñada, —criterio que no puede aceptarse, pues la primera Sentencia fue dictada ya bajo la vigencia de la reforma introducida por la Ley 11/1994—, se aparta de lo resuelto por ella misma en esa primera Sentencia, privando de eficacia a lo decidido previamente con firmeza en el mismo proceso y lesionando así el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) en su vertiente de respeto a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas. Dicho de otro modo, la citada Sala ha quebrantado en la Sentencia recurrida en amparo los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y confianza legítima, al modificar el criterio sostenido en su anterior Sentencia sobre la misma cuestión (competencia de la jurisdicción social), bajo el mismo marco legislativo, de suerte que no ha respetado la vinculación que dimana de su previa decisión sobre la competencia de la jurisdicción social, adoptada con carácter de firme, con olvido de los efectos propios de la cosa juzgada formal (art. 408 L.E.C.) y la consiguiente lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 1996 (recurso de suplicación núm. 1.335/95) así como el Auto de aclaración de dicha Sentencia de 24 de febrero de 1996, y el Auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, retro trayendo las actuaciones al momento procesal oportuno, a fin de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia, partiendo de la existencia de su jurisdicción, resuelva el recurso de suplicación planteado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

5986 *Pleno. STC 59/2000, de 2 de marzo de 2000. Recurso de amparo 3.905/94. Promovido por doña Isabel Cristina Osorio Ramírez frente a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, que le condenaron como autora de un delito contra la salud pública. Alegada vulneración de la presunción de inocencia, y supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir indefensión. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia de casación que eleva la pena de prisión por encima de la pedida por el Fiscal sin motivación. Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pedro Cruz Villalón, Presidente; don Carles Viver Pi-Sunyer, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3.905/94, interpuesto por doña Isabel Cristina Osorio Ramírez representada por la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda García Hernández, con la asistencia letrada de doña Montserrat Cebriá Andreu, contra la Sentencia de 26 de junio de 1993 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional en la causa 8/1992 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, y contra la dictada el 31 de octubre de 1994 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en casación de la misma causa. En el proceso de amparo ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en este Tribunal el día 2 de diciembre de 1994, la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda García Hernández interpuso, en nombre y representación de doña Isabel Cristina Osorio Ramírez, el recurso de amparo de que se hace mérito en el encabezamiento y en la demanda se nos dice que en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional se siguió el sumario núm. 8/1992 contra la hoy recurrente y otros por distintos delitos (tráfico de drogas, contrabando, receptación, falsedad, delito monetario, etc.) que, una vez concluido, fue remitido a la Sección Segunda de la Audiencia Nacional (rollo de Sala núm. 12/92). Celebrado el juicio oral, la Sección Segun-

da de la Audiencia Nacional dictó Sentencia el 26 de junio de 1993, en la que condenó a la hoy recurrente como cómplice de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) a las penas de cuatro años de prisión menor y multa de 25.000.000 de pesetas, con treinta días de arresto sustitutorio en caso de impago. La Sentencia no fue recurrida por la hoy recurrente y fue declarada firme por la Audiencia Nacional en Auto de 11 de octubre de 1993. La declaración de firmeza fue dejada posteriormente sin efecto en virtud del recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal (recurso núm. 1.265/93) en el que denunció, en relación con la condena de la hoy recurrente, entre otros motivos, la aplicación indebida del art. 16 C.P. y la inaplicación del art. 344 bis b) C.P., solicitando que se le impusiera la pena de quince años. En Sentencia de 31 de octubre de 1994 el Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, y condenó a la recurrente como autora del delito, apreció la concurrencia de la agravación prevista en el art. 344 bis b) C.P. y le impuso las penas de veinte años de reclusión menor y multa de 170.000.000 de pesetas.

En la demanda de amparo se invoca la vulneración de los derechos a la igualdad (art. 14 C.E.), a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a la presunción de inocencia así como del principio acusatorio (art. 24.1 y 2 C.E.) y a tal fin se aduce, en primer lugar la infracción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), cuya lesión se imputa a la decisión de la Audiencia Nacional de tramitar el recurso de queja formulado por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 11 de octubre de 1993, que había declarado firme la Sentencia de instancia los condenados que no habían recurrido en casación, entre ellos la hoy recurrente. Según se aduce en la demanda, el recurso de queja era improcedente porque dicho recurso sólo está previsto contra los Autos denegatorios del recurso de casación anunciado (art. 858 L.E.Crim.). La queja, además, se tramitó sin intervención de la recurrente, puesto que la Procuradora que la representaba sólo fue emplazada en representación de Jorge Isaac Vélez Garzón y Julio Gabriel Flores Rives, pero no en representación de la recurrente.

Por otra parte, la infracción del derecho a la presunción de inocencia se produce en la Sentencia de instancia donde se indica claramente que la recurrente nada tuvo que ver con el tráfico de drogas y que su intervención se limitó a conducir un vehículo sin tener conocimiento de lo que se transportaba en el mismo, no existiendo prueba alguna de que supiera la existencia de la droga en las maletas ni que quiso transportarlas conscientemente. A su vez, la infracción del principio acusatorio se achaca a la Sentencia de casación del Tribunal Supremo por imponer una pena superior a la pedida por el Ministerio Fiscal. En concreto, se dice que en el juicio oral tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones solicitaron para la recurrente las penas de quince años de reclusión menor, por delito de tráfico de drogas de los arts. 344, 344 bis a), números 3 y 6, y 344 bis b) del Código Penal y que la Sentencia de instancia no apreció la agravación del art. 344 bis b) C.P. y la condenó como cómplice a la pena de cuatro años de prisión menor, al no considerar la agravante del segundo párrafo del citado artículo. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación, solicitando la pena pedida en la instancia. El recurso fue estimado por el Tribunal Supremo y, en la segunda Sentencia, condenó a la recurrente a la pena de veinte años de reclusión menor, con infracción del principio acusatorio y de lo dispuesto en el art. 902 L.E.Crim.

Finalmente se invoca el principio de igualdad (art. 14 C.E.), que se considera infringido porque el Tribunal Supremo condenó a la recurrente como autora de un

delito de tráfico de drogas, apreciando la agravante del art. 344 bis b) del Código Penal, a pesar de que en los hechos probados se declara que no tuvo función directiva alguna dentro de la organización y cuando el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de septiembre de 1994, para un caso similar, se pronunció en sentido contrario. En dicha Sentencia el Tribunal Supremo consideró que, al no acreditarse las categorías de jefes, administradores o encargados de la organización para la que trabajaban, no se aplicó la agravación prevista en el art. 344 bis b). En atención a lo expuesto, la recurrente solicitó el otorgamiento del amparo y la declaración de nulidad de las Sentencias recurridas. Por otrosí solicitó la suspensión de la ejecución de la condena durante la tramitación del recurso de amparo con base en el art. 56 LOTC.

2. La Sección Primera, en providencia de 30 de enero de 1995, acordó, en virtud de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder a la demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo diez días para formular alegaciones en relación con la concurrencia de los siguientes motivos de inadmisión: 1) falta de agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1 a) en relación con el 50.1 a), ambos de la LOTC], y 2) carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal [art. 50.1 c) LOTC]. Posteriormente, una vez presentados los escritos de alegaciones, en los que la representación de la recurrente y el Fiscal solicitaron la admisión y la inadmisión de la demanda, respectivamente, la Sección Cuarta —a quien le correspondió el conocimiento de la causa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 del Acuerdo del Pleno del Tribunal de 25 de abril de 1995—, por providencia de 29 de mayo de 1995, acordó admitir a trámite la demanda. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Segunda de la Audiencia Nacional interesando la remisión de las actuaciones correspondientes al rollo núm. 12/92, dimanantes del sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, y el emplazamiento a quienes hubieren sido parte, a excepción del recurrente, en el proceso judicial para que pudiesen comparecer en el presente proceso constitucional. La Sección, en providencia de 28 de septiembre de 1995, acordó dar vista de las actuaciones recibidas en el recurso de amparo núm. 3.775/94 a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimaren oportunas.

3. La demandante formuló las suyas en escrito presentado el 27 de octubre de 1995, donde dio por reproducido lo dicho en la demanda.

4. El Ministerio Fiscal a su vez, en escrito presentado el 31 de octubre de 1995, manifestó que en las actuaciones remitidas constaban sólo las procedentes del Tribunal Supremo, faltando las diligencias sumariales y las correspondientes al rollo de Sala de la Audiencia Nacional, por lo que solicitó, al amparo del art. 88.1 LOTC, que se recabase tal documentación antes de evacuar el trámite de alegaciones.

5. La Sección, por providencia de 18 de enero de 1996, teniendo en cuenta la extensión de las actuaciones y el tiempo que consumiría el obtener testimonio de ellas y la consiguiente dilación del presente proceso que ello supondría, así como, en el caso de que fuesen remitidas las actuaciones originales, a lo gravoso de su transporte y de su ubicación en local adecuado en la sede del Tribunal, acordó conceder un nuevo plazo de veinte días al Ministerio Fiscal y las demás partes personadas para efectuar las alegaciones, con la posibilidad de examinar las actuaciones en el lugar de su ubicación en la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

6. El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones, presentado el 27 de febrero de 1996, interesó la denegación del amparo, por no resultar del proceso la lesión de los derechos fundamentales que sirven de apoyo a la demanda. En efecto, luego de exponer los hechos de los que trae causa el recurso, razonó la desestimación del recurso con base en los siguientes razonamientos, sucintamente expuestos:

a) En primer término, por lo que se refiere a la queja de la recurrente de haber sufrido indefensión como consecuencia de la decisión de la Audiencia Nacional de admitir el recurso de queja interpuesto por el Fiscal contra el Auto de firmeza de la Sentencia de instancia y su no participación en la tramitación del mismo, el Fiscal considera, de un lado, que no es posible apreciar indefensión alguna por la admisión de un recurso legalmente previsto, y, de otro lado, que de la queja por la no participación en el recurso de queja se revela de carácter formal, pues su participación no hubiera cambiado el signo de la resolución de queja y, además, la recurrente intervino posteriormente en el de casación y pudo impugnar el recurso del Fiscal tanto de forma escrita como en la vista oral, tal y como se hace constar en la Sentencia de casación.

b) La denuncia de la infracción del derecho a la presunción de inocencia se hace *per saltum* en el recurso de amparo, puesto que la recurrente, por propia voluntad, no recurrió su condena ante el Tribunal Supremo. En cualquier caso, en los hechos probados consta que la recurrente fue detenida cuando conducía un vehículo en cuyo interior se hallaron 113.160 gramos de clorhidrato de cocaína. De tal indicio, plenamente acreditado, el Tribunal dedujo la participación de la recurrente en el ilícito tráfico sobre la base de su conocimiento de la materia transportada. A este respecto se cumplen los requisitos de la prueba, es decir indicio probado (ocupación de droga) y explicitación del razonamiento por la Sala de su convicción en deducción lógica (SSTC 174/1985, 229/1988, 94/1990 y 111/1990). Tal ocurre en el presente caso en el que no hay ninguna duda sobre el indicio base, llegándose a la inferencia lógica por los datos complementarios (disposición de la carga en el maletero, intercambio de llaves y coches, etcétera) lo que se explica en la página 82 de la Sentencia de instancia.

c) No es posible apreciar una ruptura brusca en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la interpretación de la norma penal aplicada al presente caso. Al respecto, no puede estimarse que exista una línea consolidada en la doctrina del Tribunal Supremo que considere el tráfico de drogas de extrema gravedad a partir de determinada cantidad, y sin que pueda conectarse extrema gravedad con el factor de la cantidad de droga ocupada; para estos supuestos el Tribunal Constitucional no ha apreciado lesión del derecho invocado (SSTC 134/1991, 202/1991 y sobre todo 90/1993). De otro lado, la agravante específica apreciada tiene una adecuada y pormenorizada fundamentación en la Sentencia del Tribunal Supremo (folio 35), y esta sólida argumentación en otra Sentencia del mismo Tribunal (11 de junio de 1991) y en la acumulación agravatoria de la pertenencia a una organización.

d) Por último, tampoco se aprecia infracción del principio acusatorio por la imposición por el Tribunal Supremo de una pena superior a la pedida por el Fiscal, pues la elevación de las penas deriva de las subidas acumulativas que proceden de la nueva calificación jurídica, es decir, la condición de autora y no cómplice, y la apreciación de la agravante específica de extrema gravedad [arts. 14 y 344 bis b) C.P.]. A la vista de lo dispuesto en el Código, la extensión de la pena con la nueva calificación jurídica hecha por el Tribunal Supremo iba desde

catorce años, ocho meses y un día a veintitrés años y cuatro meses (grado medio de reclusión menor a grado mínimo de reclusión mayor), y el único límite, por la regla 4 del art. 61 C.P., era no imponer la pena en su grado máximo, por lo que la pena impuesta (veinte años) ha de entenderse como legalmente procedente.

7. La Sala Segunda, por Auto de 3 de julio de 1995 dictado en la pieza separada correspondiente, acordó denegar la suspensión solicitada. Posteriormente, otro Auto de 9 de diciembre de 1997 denegó igualmente una nueva petición de suspensión formulada por la demandante.

8. El 14 de mayo de 1996, el Magistrado Ponente dirigió escrito al Presidente de la Sala Segunda solicitando que, a tenor del art. 221 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se le tuviera por apartado del conocimiento de este recurso de amparo, previa la tramitación oportuna, escrito que se elevó al Presidente del Tribunal Constitucional, quien, a su vez, el 11 de junio de 1996 comunicó al de la Sala que el Pleno, por decisión unánime, excluido el abstenido, había acordado no haber lugar a la abstención, acuerdo que por providencia de 22 de julio de 1996 de la Sección fue notificado a las partes.

9. El Pleno, a propuesta de la Sala, en providencia de 28 de octubre de 1999, acordó, de conformidad con el art. 10 k) LOTC recabar para sí el conocimiento de este recurso de amparo por darse las circunstancias que contempla el art. 13 LOTC.

10. El Pleno, en providencia de 29 de febrero de 2000, señaló para la deliberación y votación, en su caso, de la Sentencia el siguiente día 2 de marzo del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este proceso constitucional es, por una parte, la Sentencia que en casación pronunció la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 3 de octubre de 1994, rectificando otra que el 26 de junio de 1993 había dictado la Sala de lo Penal (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional en causa instruida por el Juez Central de Instrucción núm. 5, donde aparecía condenada la hoy demandante primero como cómplice y luego como autora de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas). La demandante imputa a la Sentencia de la Audiencia Nacional la vulneración de la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.). En segundo lugar, al hecho de que no se le diese traslado del recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 11 de octubre de 1993, que declaró la firmeza de dicha Sentencia, le achaca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con el resultado de indefensión (art. 24.1 C.E.). Finalmente, a la Sala Segunda del Tribunal Supremo le reprocha las vulneraciones del derecho a la igualdad ante la Ley (art. 14 C.E.) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), tanto por transgredir el principio acusatorio como por la aplicación arbitraria del art. 902 L.E.Crim., del que, a su juicio, se hace en la Sentencia de casación una interpretación «contraria a derecho». A éstos y aquéllos se opone el Ministerio Fiscal. Una vez esbozado así el ámbito objetivo conviene sin embargo para acotarlo con la mayor precisión despejar las cuestiones que no pueden entrar al debate por falta de algún presupuesto procesal.

En esta línea discursiva conviene al caso anticipar que el alegato en pro de la presunción de inocencia por considerar que ha sido condenada, como autora de un delito de tráfico de drogas, sin prueba alguna de haber sabido con antelación que las hubiera en las maletas cuyo transporte le achacan, adolece de una tacha

que la hace incurrir en causa de inadmisibilidad. Efectivamente, una de las varias circunstancias que, como presupuestos de la admisibilidad de pretensión de amparo, sirven de protección a su talante subsidiario, como *ultima ratio* para garantizar los derechos fundamentales, cuya primera línea de defensa son los Jueces y Tribunales que componen el Poder Judicial, consiste en la alegación de haberse puesto en peligro o lesionado cualesquiera de aquéllos, el que se aduzca en sede judicial y cuya vulneración actúe como soporte de la protección que se pida al Tribunal Constitucional, para que el juzgador, en su ámbito propio, pueda remediar por sí mismo la violación del derecho o libertad fundamental, a cuyo efecto ha de brindársele la oportunidad de tal subsanación, haciendo innecesario así el acudir al amparo. La protesta o invocación ha de ser expresa e inteligible aunque no sea exigible la mención del precepto constitucional que cobija el derecho sedicentemente atacado y menos aún del ordinal en la Constitución. No puede cerrarse la puerta, pues, a la eventualidad de que el tema se introduzca en el debate no ya implícita sino también tácitamente si se aduce el contenido con suficiente claridad en las alegaciones o se induce de la pretensión.

Pues bien, nada de esto ha ocurrido en el caso actual, como pone de manifiesto la lectura de los antecedentes, a lo largo del itinerario procesal. En la demanda se razona al respecto que la Sentencia de instancia dio por cierto claramente que la acusada nada tenía que ver con el tráfico de drogas y que su intervención se limitó a conducir un vehículo sin saber lo que se llevaba dentro. Sin embargo, no es menos indudable, como razona el Ministerio Fiscal en esta sede, que tal alegación se hace por primera vez en la vía de amparo constitucional *per saltum*, ya que quien la formula no recurrió su condena ante el Tribunal Supremo, consintiéndola expresamente, hasta el punto de que en la contestación al recurso de casación formulado por el Fiscal, solicitó la confirmación de la Sentencia de instancia por estar de acuerdo con ella (antecedente núm. 4 de la Sentencia de casación). En tal sentido, carece de relevancia a estos efectos, que el Tribunal Supremo haya modificado el grado de su participación en el delito, considerándola como autora en vez de cómplice, puesto que el cambio se produce con base en los mismos hechos probados de la Sentencia de instancia, sin modificación alguna. Es evidente, por tanto, que para este sedicente agravio la recurrente no agotó los recursos utilizables dentro de la vía judicial, ni invocó en el recurso de casación el citado derecho fundamental [art. 44.1 a) y c) LOTC], por lo que ningún pronunciamiento cabe hacer al respecto y, en consecuencia, resulta inadmisibile.

2. Una vez desbrozado así el camino pero antes de emprenderlo, no está de más anticipar aquí y ahora, alterando el esquema del planteamiento, que la queja con apoyo en el principio de igualdad no ofrece consistencia suficiente. En efecto, se aduce que el Tribunal Supremo condenó a quien nos demanda amparo como autora de un delito de tráfico de drogas, con la circunstancia agravante de haber ejercido función directiva dentro de la organización, a pesar de que en los hechos tenidos por probados se declara que no lo era y no habiéndose seguido, por tanto, en este caso el criterio sentado para otro semejante en la Sentencia de 21 de septiembre de 1994. Pues bien, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, la sedicente violación del principio de igualdad en la aplicación de Ley es un concepto relacional que requiere la presencia de dos elementos esenciales, un término válido de comparación que ponga de manifiesto la identidad sustancial de los supuestos o situaciones determinantes y que se haya producido un cambio de criterio inmotivado o con una

motivación *intuitu personae* siempre que además, se den ciertos requisitos entre los cuales está, por una parte, que las resoluciones cuya contradicción se predica provengan del mismo órgano judicial.

Puestas así las cosas, el análisis comparativo muestra que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1994, ofrecida como término de referencia para demostrar el tratamiento desigual del que se queja, contemplaba el caso de un grupo organizado dedicado a la distribución de cocaína algunos de cuyos miembros —los allí y entonces enjuiciados— no ejercían cargo o puesto directivo o relevante como jefes, administradores o encargados de la trama difusora de la droga, sin que en consecuencia pudieran ser incluidos en el tipo agravado del art. 344 bis b) del Código Penal. Texto refundido de 1973. Por esa sola cualidad, una vez excluida, reconduce el tema a determinar qué haya de entenderse por conductas de «extrema gravedad», para su eventual aplicación al caso como agravante específica prevista para esa misma figura delictiva tipo con carácter alternativo. En tal sentido, la Sentencia considera que la «notoria importancia» de la cantidad de droga, elemento incluido en el art. 344 bis a) 3, no coincide con esa «extrema gravedad» del art. 344 bis b), sin que, se añade, la aplicación de esta última modalidad agravatoria pueda constituirse, sin más, en un nuevo escalón punitivo, corrector automático de aquella primera agravación, debiendo reservarse para casos verdaderamente excepcionales o extremos. En el que nos ocupa no se estima determinante para ello la mera cuantía del alijo (261 kilos), y en definitiva se niega a «sustituir el razonado argumento de la Sala de instancia por otro que supondría una muy considerable incrementación de la pena —dice—, sin disponer esta Sala, como dispuso el juzgador a quo, de una serie de elementos, que en ocasiones sólo la inmediatez concede, a efectos de aplicar la modalidad agravada ya citada».

Sin embargo, la Sentencia de la misma Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ahora impugnada, no funda la extensión de la pena de quien resulta condenada en el desempeño por ella de jefatura o de cualquier otra función directiva en la organización criminal, sino, precisamente, en la calificación de «extrema gravedad» que le merece la actuación en virtud de un conjunto de características, porque «tal conducta —se lee en la Sentencia— a todas luces de ejecución en forma de autoría directa o de cooperación necesaria, no sólo se circunscribe al transporte, que según la doctrina de esta Sala se configura en los núms. 1 y 3 del art. 14 del Código Penal, sino que se extiende a una participación en una planificada operación de cambio de vehículos, de antemano proyectada, que supone una actividad que excede de la mera complicidad que aprecia la Sala de instancia, pese a reconocer, por estimarlo probado, que presencié el intercambio de llaves, que estuvo en el coche y que vio las maletas y bolsas y lo condujo durante todo su recorrido hasta su detención». Todo ello se hace sobre la base de la valoración de ciertas circunstancias tales como «la cuantía del alijo ocupado, la pureza y actuación organizativa», que una vez ponderadas permiten llegar a la conclusión, siguiendo la doctrina jurisprudencial, de que es evidente la «extrema gravedad» de la conducta, y, en consecuencia, hace aplicable el tipo penal agravado del art. 344 bis b), no sólo por la cantidad de la droga interceptada sino por otros elementos cualitativos que, como se ha dicho, fueron la naturaleza del alijo, la gran pureza de la sustancia y la actuación planificada que en la propia Sentencia se describe.

Por consiguiente, resulta claro que no se han dado respuestas judiciales contradictorias, como se pretende en la demanda al poner en relación la Sentencia ahora impugnada con otra anterior de la misma Sala del Tribunal Supremo, que en ningún momento ha quebrado

su línea jurisprudencial al respecto en la interpretación de la norma penal aplicada. Los hechos determinantes de ambos pronunciamientos eran distintos aunque éstos se alcanzaran con un mismo criterio hermenéutico. Por lo demás, en la Sentencia aquí en tela de juicio se razona extensa y minuciosamente la aplicación de la circunstancia agravante específica, no siendo misión del Tribunal Constitucional censurar la interpretación de la Ley ni revisar la estructura de las decisiones judiciales, aun cuando lo sea comprobar si existe motivación suficiente por medio de un discurso coherente propio de la lógica jurídica con objetividad y sin error notorio que lo ensombrezca.

3. Puestos ya en el ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el primero de los agravios de que se duele la demandante estriba en haberse tramitado, sin su audiencia, el recurso de queja que el Fiscal interpuso contra el Auto dictado el 11 de octubre de 1997 por la Sala de lo Penal (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, donde se declaró firme su Sentencia respecto de los condenados que no la hubieran impugnado en casación. Esta alegación en modo alguno puede servir como fundamento de la pretensión de amparo, para cuyo rechazo a *limine* bastaría la consideración de que dilucidar si contra ese Auto procedía, o no, tal recurso de queja es una cuestión que no rebasa el ámbito estricto de la legalidad procesal, sobre la cual ningún pronunciamiento corresponde hacer a este Tribunal. Por otra parte, un examen de las actuaciones pone de manifiesto, en primer término, que la inicial declaración de firmeza hecha por la Audiencia Nacional, para los condenados que no habían recurrido en casación se hizo con olvido de la circunstancia notoria de que la Sentencia sí había sido recurrida por el Ministerio Fiscal aun cuando lo fuera parcialmente en relación con algunos de esos condenados, entre ellos la hoy recurrente, error manifiesto por el que fue posteriormente corregida. En este sentido, bajo la invocación del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, lo que la recurrente en realidad pretende es beneficiarse de lo que fue un simple error, luego subsanado, en la providencia, pero desconoce que el derecho a la tutela judicial efectiva no consagra el derecho a beneficiarse de simples errores y que tampoco puede derivarse indefensión alguna por la admisión, tramitación y resolución por el Tribunal Supremo del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, donde, además, luego intervino la recurrente.

En segundo término, aun cuando sea cierto que no se emplazó nominativamente a la condenada para que pudiera comparecer ante el Tribunal Supremo en la tramitación del recurso de queja formulado por el Fiscal (el emplazamiento se hizo a su Procurador Sr. García Martínez, pero en la cédula sólo se hizo constar el nombre de otros dos coencausados, los señores Vélez Garzón y Flores Rives, pero no el de la recurrente a pesar de que también tenía conferida su representación al mismo Procurador), se trata de una irregularidad procesal que no produjo un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la recurrente ni le impidió su personación y alegar sus derechos e intereses legítimos, máxime teniendo en cuenta que posteriormente se personó en el recurso de casación, se opuso al recurso del Fiscal e incluso denunció ante el Tribunal Supremo la —a su juicio— improcedente admisión del recurso de queja planteado por el Fiscal contra la declaración de firmeza de la Sentencia de instancia. Conviene recordar, en este sentido, que es reiterada doctrina de este Tribunal que no toda infracción procesal enerva siempre y automáticamente la efectividad de la tutela judicial como derecho fundamental, pues la indefensión proscrita constitucionalmente es tan sólo aquella que coarte, obstaculice o haga imposible la defensa de sus derechos e intereses

legítimos en la esfera del proceso (entre otras, SSTC 230/1992, de 14 de diciembre; 106/1993, de 22 de marzo; 185/1994, de 20 de junio; 1/1996, de 15 de enero, y 89/1997, de 5 de mayo). En el caso que nos ocupa, el agravio es puramente formal e hipotético y se limita a denunciar que, de haber tenido conocimiento del recurso de queja del Fiscal, lo habría impugnado e incluso se habría planteado interponer recurso de casación contra la Sentencia. Ninguna de estas razones ponen de manifiesto la existencia de un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa de la recurrente. Primero, porque es obvio que la decisión de la recurrente de no recurrir en casación la Sentencia de instancia ninguna relación guarda con la cuestión ahora planteada. Segundo, porque de la mera posibilidad de impugnar la admisión del recurso de queja, por causas y motivos ni siquiera ahora explicados, no es posible derivar, sin más, indefensión material para la recurrente.

4. Ahora bien, la pretensión de amparo tiene otro de sus soportes en que la Sentencia impugnada quebrantó el principio acusatorio por haber impuesto a la condenada una pena muy superior a la pedida por el Fiscal sin haber sido informada de la acusación y sin cumplir la exigencia de motivación contenida en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se invoca. Así planteada la incógnita, conviene al caso averiguar ante todo si tal pretensión merece un tratamiento en esta sede por su contenido. La respuesta no parece dudosa aquí y ahora por encararse el supuesto de una Sentencia que, dando lugar a la casación, impone pena de prisión superior en un tercio a la pedida por los acusadores en la causa, sin explicación alguna, aceptando el motivo esgrimido como fundamento del recurso y compartiendo no sólo la misma calificación jurídica del delito sino la participación en él de la condenada como autora a quien la Audiencia le había impuesto cuatro años como cómplice. No parece que sea necesario justificar la incidencia negativa y la pesadumbre que sobre la libertad personal de la así condenada haya podido tener y tenga, si no se le pusiera remedio a tiempo, ese sobredicho incremento de tantos años de reclusión sobre los correspondientes según la acusación, quince años, ni tampoco se le oculta a nadie su significado en nuestra Constitución desde la perspectiva de la libertad, que proclama como valor superior en su mismo umbral y configura luego su manifestación primaria, personal como derecho fundamental en el art. 17 C.E. Por ello, lo que se pone en tela de juicio con relevancia constitucional, en definitiva, es la potestad judicial de agravar la pena más allá de la pedida por el acusador. Dentro de tal perímetro estrictamente delimitado, el principio acusatorio juega un papel de protagonista con una función de garantía.

Ahora bien, antes de abordar este reproche constitucional, conviene señalar una carencia de la Sentencia impugnada en la parte que respecta a este proceso y a su demandante. En los fundamentos de aquélla y para casar la que dictó la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo explica concisa pero expresivamente las razones que le llevan a dar la razón al Fiscal para calificarla como autora y no cómplice, y apreciar que concurre la circunstancia agravante incorporada al tipo, pero nada dice en la segunda Sentencia respecto del incremento de pena, cinco años, importante por sí mismo. Esto nos plantea como incógnita previa si tal incremento, en la hipótesis de que fuera viable con arreglo al texto del art. 902 L.E.Crim., estaba necesitado de una explicación ad hoc, y ello nos pone en el terreno de la motivación, cuyo anclaje está directamente en el art. 120 de la Constitución.

Pues bien, como se dice en la STC 43/1997, de 10 de marzo, «es doctrina constante de este Tribunal que la exigencia constitucional de motivación, dirigida

en último término a excluir de raíz cualquier posible arbitrariedad, no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos y circunstancias del asunto debatido, sino que se reduce a la expresión de las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, su *ratio decidendi* (SSTC 14/1991, 28/1994, 145/1995 y 32/1996, entre otras muchas). Pero lo que no autoriza la Constitución es, justamente, la imposibilidad de deducir de los términos empleados en la fundamentación qué razones legales llevaron al Tribunal a imponer como "pena mínima" la que se contiene en el fallo condenatorio» (FJ 6). Es más: se subraya a continuación que esa exigencia constitucional de dar una respuesta fundada en Derecho para justificar la pena concretamente impuesta adquiriría particulares perfiles al hallarse afectado el derecho fundamental de libertad personal y esa falta de justificación de la pena le llevó a otorgar el amparo. En la STC 225/1997, de 15 de diciembre, se ratificó después, implícitamente, dicha doctrina, al desestimar la queja relativa a la falta de motivación de la pena concretamente impuesta, no por carencia de contenido, sino porque había sido subsanada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La obligación de motivar cobra sin duda un especial relieve en supuestos, como el presente, en el que la condena fue superior a la solicitada por las acusaciones en el proceso. Ciertamente la STC 193/1996, de 26 de noviembre, que reafirma esa exigencia constitucional de justificar la pena concreta, admitió que ésta quedase satisfecha sin necesidad de especificar las razones justificativas de la decisión siempre que, como era el caso, éstas pudieran desprenderse con claridad del conjunto de la decisión (FJ 6). Sin embargo, en el presente caso la simple lectura de la Sentencia pone de manifiesto que la justificación de la concreta pena impuesta, por encima de la pedida por el Fiscal, no se infiere en modo alguno de su texto, pues sus razonamientos atañen, exclusivamente, al cambio de calificación efectuada y a la participación en los hechos inculcados. En consecuencia ha de estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), por falta de motivación de una decisión que atañe a la libertad personal (art. 17 C.E.).

5. Dicho ésto, la Sentencia impugnada acoge, en primer lugar, el motivo fundado en la infracción de la Ley alegado por el Fiscal en su recurso de casación en cuya virtud la actuación de la acusada excedía de una mera complicidad como había dicho la Audiencia Nacional. En tal sentido se aduce que «tal conducta, a todas luces de ejecución en forma de autoría directa o de cooperación necesaria, no sólo se circunscribe al transporte, que según la doctrina de esta Sala se configura en los núms. 1 y 3 del art. 14 del Código Penal, sino que se extiende a una participación en una planificada operación de cambio de vehículos, de antemano proyectada». En segundo lugar, la misma Sentencia da la razón al Fiscal, explicando que el tráfico de 113.160 gramos de cocaína con una pureza entre el 85,74 y el 99,93 por 100 suponía, en efecto, una conducta subsumible en la «extrema gravedad». Hay «así un delito básico que empieza distinguiendo las sustancias o productos que causan grave daño a la salud de los demás, para establecer, ... unas agravaciones ... Entre los casos que comprende, el tercero del citado art. 344 bis a), se refiere a cuando fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Con referencia a la cocaína, esta Sala ha estimado de notoria importancia ciento veinte gramos de cocaína pura... «Por consiguiente, se impone la pena superior al tipo básico cuando exceda» de tal cantidad, «y ello

obliga a examinar el caso de autos desde esta perspectiva, de la cantidad de droga y de su pureza. Nos encontramos con la cantidad de 113.160 gramos de una gran pureza que, en todo caso suponía los cien kilogramos de sustancia pura y ello obliga a preguntarse qué penalidad debe corresponder a una cantidad que es más de ochocientas veces superior. La Sentencia de este Tribunal de 11 de junio de 1991 ... tomaba en cuenta no sólo el peso y pureza de la droga, sino también su incremento de valor en el mercado, cifrado con criterios sanitarios oficiales en cerca de diez mil millones de pesetas, o aún más si se tiene en cuenta la más que posible manipulación y adulteración que aumentaría la difusión y el daño...», para concluir que la «notoria importancia» de un tipo no agota la «extrema gravedad» del otro.

El Fiscal en su recurso, cuyos motivos de impugnación fueron aceptados por la Sala, insiste en pedir para la acusada la pena de quince años, como venía haciendo desde las calificaciones provisional y definitiva en la instancia. Sin embargo, el Tribunal Supremo, una vez que casó la Sentencia de la Audiencia y asumió la «plena jurisdicción» para dictar una segunda, en virtud del art. 902 L.E.Crim., mantuvo en ella el fallo recurrido, con excepción de su apartado 6 que, según dice, se ha de sustituir por el siguiente: «Se condena a la procesada Isabel Cristina Osorio Ramírez, como autora de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, ya definido en los artículos 344, 344 bis a), 3.º y 6.º y 344 bis b), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de veinte años de reclusión y multa de ciento setenta millones de pesetas». La simple transcripción del texto pone de relieve que, en esta coyuntura, la Sala Segunda no explica en ningún momento por qué impone finalmente una pena superior a la que había sido pedida por el Fiscal, y también por las acusaciones particulares en el juicio oral. No se dan a conocer, así, los argumentos o las razones que determinaron la elevación de la cuantía de la pena privativa de libertad en un tercio más de la que había sido instada por las partes, cuando además esa «pena añadida» de cinco años es por sí sola una pena grave (art. 33.1 C.P.).

6. Pues bien, la primera Sentencia del Tribunal Supremo, en la parte que aquí importa, ofrece como hemos visto con suficiente claridad, aun cuando concisamente, las razones que tuvo la Sala para considerar autora en vez de cómplice a la condenada y para dar juego a la «extrema gravedad» como integrante del tipo penal, según venía propugnando el Fiscal. Sin embargo, una vez sentadas tales premisas, necesarias pero no suficientes, la Sala impone en la segunda Sentencia directamente la pena de veinte años, añadiendo cinco a los quince pedidos por la acusación a causa de esa participación y esa circunstancia agravante sin la menor explicación. No se encuentra en aquélla argumento alguno que legitime tan drástica decisión y como consecuencia de tal silencio sobre un aspecto esencial de la pretensión punitiva es claro que carece de motivación. En ningún momento se dice siquiera cuál precepto le haya podido servir de apoyo para ese incremento de la pena ni cuáles fueran las razones que la justificaran. Obrando así es forzoso concluir, por tanto, que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo pedido y, en su consecuencia:

1.º Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante.

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia dictada el 31 de octubre de 1994 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, exclusivamente en lo que toca a la pena de privación de libertad impuesta a doña Isabel Cristina Osorio Ramírez, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno que permita dictar otra ajustada al contenido declarado del derecho fundamental.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de marzo de dos mil.—Pedro Cruz Villalón.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende y al que prestan su adhesión don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados los tres del Tribunal Constitucional, a la Sentencia dictada por el Pleno y recaída en el recurso de amparo núm. 3.905/94

La prudencia, hecha de juicio y de experiencia, que consiste —como dijo un jurista romano— en distinguir lo que debe desearse y lo que debe rechazarse, virtud consorte del buen sentido, ha sido siempre un ingrediente principal del producto segregado por los Jueces. Si éstos hacen Derecho —*ius*—, lo hacen con sentido de la realidad y eso es lo que en los tres milenios últimos se viene llamando «jurisprudencia», con cuyo nombre se cubre a veces la entera ciencia de lo justo y de lo injusto, el Derecho. Pues bien, en tan noble acepción, digna de ser esculpida en mármol, creo que la Sentencia del Pleno a la cual se dirige este Voto particular ha sido prudente al quedarse, por el momento, en un punto medio, la exigencia constitucional de motivar las decisiones judiciales, equidistante de la tesis subyacente en la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de impugnación, que se anula con reenvío del caso, y las pretensiones de los impugnadores, seis en total, cuyo soporte común era el sedicente quebrantamiento del principio acusatorio, columna vertebral de nuestro proceso penal.

Por lo dicho parece preferible formular este Voto como opinión, más concurrente que discrepante, aun cuando sobren los adjetivos, opinión surgida como posible alternativa y fruto de las reflexiones y la esgrima polémica al hilo de los extensos e intensos debates sobre el tema, como timbre de alarma o luz roja que llame la atención sobre una pieza importante del sistema judicial español. Se pretende así que cuantos estén comprometidos en la larga lucha por la justicia piensen juntos sobre algo que a todos, ciudadanos, juristas y, en especial Jueces, nos importa. Hay un tiempo para todo y tiempo habrá para que el Tribunal Supremo, en el terreno que le es propio, la construcción de la jurisprudencia penal, o el Constitucional, si llegare el caso, valedor de las garantías como pide el art. 123 de la Constitución, se pronuncien definitivamente sobre el perímetro del sistema acusatorio y lo deslinden por todos sus aires. En consecuencia me gustaría que se leyera este Voto como

una invitación al diálogo sobre un tema digno de la mayor atención y merecedor de la mayor delicadeza en su manejo, para llegar en su día con sosiego a la mejor de las conclusiones. Hoy ofrezco aquí una propuesta como documento de trabajo, abierta a cualquiera otra opinión porque al Derecho, como dije en un Voto particular a la STC 102/1995, de 26 de junio, le es inherente el principio de incertidumbre, predicado para la Física por Heisenberg o la relatividad einsteniana, en función de dos dimensiones equivalentes, el tiempo y el espacio. Nada le es más ajeno que el dogma y nada tan contrario a lo dogmático como una cabeza auténticamente judicial. A mis compañeros de siempre, los Magistrados de ese gran Tribunal que es el Supremo y a mis colegas de éste, pero no sólo a ellos, van dirigidas pues mis palabras.

En este Voto particular se utilizan sobre todo los materiales sobre el tema proporcionados por la Sala Segunda —de lo Penal— y seleccionados de su copiosa producción jurisprudencial, acrecida en estos últimos años por obra y desgracia de la avalancha de asuntos (recursos y causas) a los cuales ha tenido que hacer frente, donde la cantidad no desmerece la calidad de la doctrina para ir construyendo golpe a golpe el Derecho penal, sobre el cual le corresponde decir la última palabra. En definitiva, se manejan en el Voto las dos tendencias seguidas por el Tribunal Supremo en un doble plano, la legalidad y la constitucionalidad (véase al respecto el final de la STS de 7 de junio de 1993, cuyo texto se transcribe) y entre ellas se opta por una, la que parece preferible desde la única perspectiva permitida a este Tribunal donde escribo, las garantías constitucionales, de las cuales es el guardián no único sino último, sin *inmissio* alguna en la función de interpretar la Ley, privativa de la potestad de juzgar.

La Sentencia del Tribunal Supremo que el Constitucional anula, por no haber explicado si utilizó y cómo el art. 902 L.E.Crim. desde la perspectiva del principio acusatorio, impuso una pena superior a la pedida por el Fiscal a consecuencia de las subidas acumulativas provocadas por la nueva calificación jurídica de la participación (autoría, no complicidad) en un hecho revestido de «extrema gravedad», más allá de la «notoria importancia». Con esa nueva valoración, la pena prevista en el Código iba desde los catorce años, ocho meses y un día a los veintitrés años y cuatro meses, dentro de cuya extensión la Sala tenía vedado, por de pronto, imponerla en el grado máximo y, por ello, la cuantificó en veinte años, grado medio, mientras que la acusación pública se había quedado a caballo de éste y el mínimo, quince años. Pues bien, los razonamientos que contiene la Sentencia de casación para justificar la concurrencia de la circunstancia de agravación configuradora del tipo delictivo están en la sintonía de una pena superior, pero no es menos cierto que, a pesar de ser posible inducirla, no hay en la segunda Sentencia ninguna argumentación para justificar el incremento *ex officio* de la pena a la luz del art. 902 L.E.Crim., cuyo tenor parece impedirlo a primera vista, respetando así el principio acusatorio.

Bastaría lo dicho, y ha bastado, para echar abajo el pronunciamiento judicial y reenviar el caso al Tribunal Supremo, si ello no significara amputar la parte principal de este proceso tal y como se nos ha planteado, para cuyo soporte principal no se invoca en un primer plano la falta de motivación (aludida marginalmente) sino haber transgredido la frontera punitiva que traza el principio acusatorio. No soy partidario de soslayar los temas trascendentales que importan y preocupan a la gente así como a los juristas y que no han recibido hasta el momento una solución clara e inequívoca en el sistema judicial, propiciando consiguientemente la inseguridad y, por lo mismo, la litigiosidad con riesgo cierto de perjuicio para los ciudadanos encausados por la justicia, ni tampoco entiendo oportuno volver la cara a los enigmas. Creo,

por el contrario, que, no sólo constitucional, sino éticamente, ha de mirarse a los ojos de la esfinge. Por ello, incluso en esta coyuntura, siendo plausible la inexistencia de la motivación y habiendo de ser otorgado el amparo por tal motivo, ello no hubiera debido cortar el paso al enjuiciamiento de la otra cuestión en litigio, cuya trascendencia constitucional es más que notoria. No se da incompatibilidad alguna de los dos temas, formal y sustantivo, intrínseco y extrínseco, ni la aceptación del uno precluye necesariamente el tratamiento del otro. En ningún lugar está escrito que no se pueda amparar por más de una razón simultáneamente, si hubiera lugar a ello, deshaciendo los varios entuertos causados al reclamante, sobre todo cuando nuestra Sentencia, una vez que el amparo llegó a buen puerto por uno de los dos, ha de tener un efecto meramente devolutivo, como ocurre en el caso que nos ocupa. Por tanto se hace necesario proseguir el camino de las reflexiones en torno a la cuestión principal.

1. Tutela judicial y sistema acusatorio

La situación que se nos plantea como tema principal consiste en determinar si quien se queja ante nosotros ha recibido la tutela judicial con efectividad y sin indefensión que la Constitución promete a todos como derecho fundamental de cada uno y, por tanto, como derecho subjetivo a disfrutar de esa prestación pública (art. 24 C.E.). En tal marco hay que encuadrar el llamado principio acusatorio, que no tiene por sí residencia constitucional alguna, o, más bien, la estructura dialéctica del proceso penal como contrapeso y freno del poder de los Jueces, que en ningún caso deben ni pueden ser omnipotentes, en frase tomada de la exposición de motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, precisamente porque han de gozar de la máxima independencia —libertad de criterio— en el ejercicio de la potestad de juzgar. El principio acusatorio, como tal, no figura en la Constitución, que en cambio sí contiene todas las piezas de este sistema (*adversary system*) que fue adoptado explícitamente en 1882 por aquella Ley de Enjuiciamiento, aun cuando durante el tiempo de su centenaria vigencia haya sufrido eclipses parciales y desfallecimientos transitorios. En efecto, el art. 24, a través del proceso con todas las garantías, convierte al acusado en su protagonista, con el derecho a ser informado de la acusación para poder ejercitar su derecho a la defensa, por sí o con la asistencia de los profesionales de la toga, haciendo entrar así a la abogacía en la estructura del Poder Judicial para cumplir la función pública de patrocinio, apareciendo para darle la réplica, como antagonista, el Fiscal. A éste corresponde constitucionalmente «promover la acción de la justicia», aunque no tenga el monopolio de la acción penal y pueda llevar como compañeros de viaje a otros acusadores. En definitiva, con palabras otra vez de la exposición de motivos de la Ley, «únicamente al Ministerio Fiscal o al acusador particular, si lo hubiere, corresponde formular el acta de acusación». Entre estos *dramatis personae* sobresale una figura, el Juez o Tribunal, a quien corresponde nada más, y ya es bastante, «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» con una misión de garantía. No hay más. En ese escenario que son los estrados judiciales y con tales personajes, cada uno en su papel, ha de alzarse la cortina para la representación en audiencia pública de la función jurisdiccional.

Ahora bien, aun cuando no deje de ser paradójico que en la Constitución no aparezca tal principio mencionado por su nombre, es evidente que, por obra del art. 24 C.E., donde se proclama la efectividad de la tutela judicial como derecho fundamental, con un haz de otros instrumentales de la misma índole, se indican los ele-

mentos estructurales de dicho principio axial trabándolos en un sistema cuyas piezas son, que desde el mismo instante de la promulgación de la Constitución ha de ser despojado de las adherencias residuales del viejo «procedimiento escrito, secreto e inquisitorial», «en el que estaban educados los españoles» (una vez más por boca de Alonso Martínez, en la tantas veces mencionada exposición de motivos). En tal sentido se pronunció tempranamente este Tribunal Constitucional, cuya STC 9/1982, de 10 de marzo, puso de manifiesto que «la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías se inició en Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII frente al viejo proceso inquisitivo y, con logros parciales, pero acumulativos, se prolonga hasta nuestros días». A lo largo de estos casi veinte años, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como nuestra doctrina son contestes en contemplar como tales ingredientes a muchos de los derechos instrumentales de la tutela judicial contenidos en el párrafo 2 del art. 24 C.E., resumen de algunas enmiendas a la Constitución norteamericana donde se incorporó el *Bill of Rights* y, entre ellos, el derecho a ser informado de la acusación y el simétrico de la defensa en juicio, el debate contradictorio abierto y en audiencia pública para conseguir un juicio con todas las garantías, la congruencia de las sentencias y la proscripción de la *reformatio in peius* como consecuencia del carácter rogado de la justicia, con la finalidad última de evitar así la indefensión proscrita constitucionalmente como negación radical de la tutela judicial.

Aun cuando puedan llevar en algún caso a resultados paralelos, el principio acusatorio es algo muy distinto del principio dispositivo, predominante en el proceso civil, que por otra parte no es desconocido tampoco en el penal donde se reserva, en ciertos casos, la acción penal al agraviado o se permite la conformidad del acusado con la pena concreta pedida por el Fiscal para configurar la decisión judicial. En uno y otro caso la raíz común se encuentra en el sistema de justicia rogada inherente a la función jurisdiccional, al cual alude muchas veces el Tribunal Supremo en esta cuestión y, por supuesto, a la congruencia como elemento de la decisión judicial. El objeto de la jurisdicción penal puede ser doble por encauzar una doble pretensión, principal una, la acusación penal y otra eventual, la civil o indemnizatoria. Ambas en nuestro sistema —con otros aspectos irrelevantes aquí— tienen la misma exigencia, la correlación entre lo pedido por quienes son parte y el pronunciamiento de la sentencia, con un carácter de límite máximo si fuere condenatoria, coherencia que no sólo es cuantitativa —como destaca en una primera visión— sino también cualitativa (ATC 3/1993, de 11 de enero).

El juzgador se encuentra limitado, maniatado, por la acción o pretensión, uno de cuyos elementos esenciales es la pena concreta, que en el supuesto de los recursos toma un cariz impugnatorio y en el presente caso ha sido la misma desde el trámite de la calificación definitiva hasta la formalización del recurso de casación, interpuesto tan sólo por el Fiscal, recordemos, pidiendo una y otra vez la pena de 15 años de privación de libertad como consecuencia de haber considerado a la acusada desde aquel principio como autora y no como cómplice. En tal coyuntura este Tribunal Constitucional había llegado a la conclusión de que la prohibición de *reformatio in peius* en el proceso penal deriva del art. 902 L.E.Crim., que la recoge, precisamente, para la casación. El carácter indisponible del *ius puniendi* —como regla no sin excepción— y la vigencia de los principios de oficialidad y legalidad singularizan la jurisdicción penal respecto de las demás, pero no hasta el punto de permitir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones para diseñar el objeto procesal y acotar el perímetro de la contienda,

concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, para incurrir así en vicio de incongruencia (SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio, y 40/1990, de 12 de marzo, entre otras). No deja de sorprender que si ese incremento sobre lo solicitado se hubiera producido en el mismo proceso penal pero en el ejercicio de la acción civil se admitiría sin vacilación alguna esa incongruencia lesiva de la tutela judicial. Cuando se esgrime la pretensión penal, incluso la pena concreta, ha de exigirse, a mi juicio, la misma correlación como consecuencia del sistema acusatorio.

2. Derecho a ser informado de la acusación y principio de contradicción

Pues bien, ese principio acusatorio como garantía cardinal se refleja ante todo, según se anticipó líneas atrás, en el derecho a ser informado debidamente de la acusación para permitir la defensa en juicio, carga informativa de quien acusa como secuela de la presunción de inocencia, cuyo contenido ha de comprender, no sólo el conocimiento de los hechos imputados, sino también de su calificación jurídica —delito—, así como de sus consecuencias reales y su incidencia en la libertad o el patrimonio del acusado, la pena, para cuya imposición y no para el mero reproche moral o social está organizado el proceso penal, así llamado, como el Derecho sustantivo, por ese castigo, sin que se agote en una mera declaración de antijuridicidad sino que sólo se perfecciona por la retribución en la cual consiste su elemento simétrico, la sanción, consecuencia necesaria de aquélla. No parece bueno olvidar, menospreciándolo, el aspecto existencialmente más importante de la petición, la cuantía de la pena. La calificación jurídica del delito es cuestión importante para los jurisperitos y la jurisprudencia, pero accesoria para el acusado, a quien interesa simplemente por constituir el presupuesto de la determinación de su efecto material, importándole sobremanera y primordialmente cuánto tiempo haya de estar privado de libertad o de otros derechos, en cuya función se configura su actitud en el proceso y su estrategia defensiva. Por ello mismo la pena concreta es el núcleo central, el meollo de la pretensión punitiva como objeto del proceso penal, cuya *ratio petendi* es la calificación jurídica del hecho y de sus circunstancias objetivas y subjetivas. A su vez otro principio procesal, el de contradicción, exige, entre más factores, ese conocimiento completo y oportuno de la acusación para que su destinatario tenga la oportunidad de exculparse y ejercer su derecho a la defensa, por sí mismo o asistido de jurisperitos, Abogado y Procurador, derecho para cuya satisfacción no basta la mera designación de los correspondientes profesionales, siendo necesario que los así nombrados puedan proporcionar una asistencia real y operativa a sus patrocinados (*right of effective representation*), con un contenido real y la suficiente eficacia dialéctica, sin reducirla a un cumplimiento formulario más rito procesal que sustancia (STC 105/1999, de 14 de junio).

3. El derecho de defensa

En tal sentido la STC 53/1987, de 7 de mayo, explica que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Permite en el proceso penal la posibilidad de la contradicción, vale decir la confrontación dialéctica entre las partes. Conocer los argumentos del adversario hace viable manifestar ante el Juez los propios, indicando los elementos de hecho y de Derecho que constituyen su base, así como, en definitiva, una actuación plena en el proceso. Así pues, «nadie puede ser condenado si

no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero; FJ 3; 95/1995, de 19 de junio; FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo; FJ 4), vinculando al juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse» (SSTC 205/1989, de 11 de diciembre; FJ 2; 161/1994, de 23 de mayo, y 95/1995, FJ 2). Sin embargo la correlación de la condena con la acusación no puede llevarse al punto que impida al juzgador el modificar la calificación de los hechos en tela de juicio con los mismos elementos que han sido o hayan podido ser objeto de debate contradictorio, posibilidad de la que en este caso no se hizo uso por lo que no merece más comentario aquí y ahora.

4. El contenido de la Sentencia penal

En nuestro sistema judicial, tal y como lo vemos hoy, como producto del aluvión histórico de distintos materiales y en sucesivas épocas, donde se superponen —como los estilos en las catedrales— residuos del sistema inquisitivo y aportes del principio acusatorio, hay tres preceptos que indican cuál haya de ser el contenido de la Sentencia en las distintas modalidades del proceso penal y en sus distintos grados. Uno, cuya redacción procede de la versión originaria —1882— de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que seguía el modelo francés, inquisitivo, con raíces en el aborígen, también inquisitorial, el art. 742, donde se dice tan sólo que en ella «se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio», incluso las «referentes a la responsabilidad civil», «condenando o absolviendo a los procesados no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales», con el límite que marcaba el art. 885.1.4 —hoy 851.4— al socaire de la casación por infracción de Ley cuando se penare un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733. Otro es el art. 794.3 L.E.Crim., donde se configura la eventual Sentencia a dictar por el Juez de lo Penal dentro del procedimiento abreviado en cuya virtud «la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones». El tercero, único que aquí y ahora interesa, aunque los tres forman parte del mismo grupo normativo, es el art. 902, que no permite «imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor».

En el Tribunal Supremo hay dos corrientes jurisprudenciales, al respecto, que se solapan. Una de ellas, quizá predominante o mayoritaria, según sus propias palabras, predica que el principio acusatorio no impide que la Audiencia o el Juez impongan una pena superior a la solicitada por la acusación, bien remediando errores de ésta (si ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las legalmente procedentes), bien haciendo uso de sus facultades legales de individualización dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo delictivo objeto de acusación y debate en el proceso, pues el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que a su juicio pro-

cedan legalmente. Su función individualizadora, se dice, no está encorsetada por el límite cuantitativo marcado por las acusaciones, siempre que se mantenga en el marco punitivo señalado por la Ley. En tal sentido la correlación no se produce por el *quantum* de la pena sino por el título de la condena, pudiendo recorrerse aquélla en toda su extensión, pero no imponer una pena superior en grado, salvo que utilizare la fórmula del art. 733 (art. 885.1.4 L.E.Crim.). Sin embargo otra tendencia se apoya en una lectura del art. 794.3 L.E.Crim. que lleva directamente, por su construcción gramatical, a la conclusión de que allí se veda la condena a una pena cuantitativamente mayor que la más grave pedida por las acusaciones, no simplemente «distinta», desde el momento en que utiliza el verbo exceder, equivalente a superar o sobrepasar en cabida o tamaño. En definitiva, la hermenéutica se mueve entre dos lecturas antagónicas, según se entienda por «pena» la prevista en abstracto para el correspondiente delito en el Código o la pena individualizada y concreta, cuantificada ya, que soliciten quienes acusan.

Pues bien, entre ambas tesis —«estas dos opuestas interpretaciones»— el Tribunal Supremo vino a optar en un momento dado por la segunda, «más correcta y acomodada» al texto del precepto desde la perspectiva de la función constitucional del proceso penal:

«... de modo que ha de entenderse que al dictar la sentencia en el mismo, la función individualizadora de la pena que al Tribunal corresponde encuentra su techo en el *quantum* de tal pena solicitada por la más grave de las acusaciones. Apoyan esta doctrina las técnicas propias de la labor interpretativa: a) la literal o gramatical ya que el concepto de "pena que exceda" es distinto de el de "pena más grave" ...; b) la lógica, ya que de un lado ... resultaría contrario a las reglas del método legislativo incluir en un precepto aplicable tan sólo a una modalidad del procedimiento penal, algo que la ley venía diciendo para la generalidad del procedimiento de tal clase (art. 851.3), que es supletoriamente aplicable a aquel procedimiento especial y la doctrina venía aplicando a todo el proceso penal; y, de otro, parece razonable pensar que si lo que el número 3 del art. 794 pretendía era señalar los límites impuestos a la sentencia por el principio acusatorio, y, dentro de estos límites, al lado de la prohibición contenida en el último inciso de "condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o mutación esencial del hecho enjuiciado", hubiera querido también establecer la prohibición de imponer pena más grave en grado o calidad, así lo hubiera dicho ... y c) la sistemática, pues la interpretación que se acepta y se declara correcta es la que resulta más congruente con todo el sistema que inspira el procedimiento abreviado el que, entre otros principios, pretende potenciar el consenso, formulando y ampliando los términos de la conformidad del reo ...; d) por último, esa interpretación o entendimiento de la regla 3 del art. 794 ... es también la más acorde con los fines de "lograr en el seno del proceso penal ... una mayor protección de las garantías del inculpado"» (STS de 7 de junio de 1993).

No es esta una Sentencia aislada, como pone de manifiesto el análisis de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la técnica propia del *case law*, que pone el peso específico en la relación causal directa entre el supuesto de hecho y la decisión judicial, *ratio decidendi*, dejando en la cuneta los *obiter dicta* o consideraciones a mayor abundamiento, si las

hubiere, mera guarnición del guiso principal. En otras sentencias posteriores ha ido quedando claro cuándo y cómo se transgrede el principio acusatorio, sin que la realidad jurisprudencial coincida siempre con su exposición abstracta o genérica, aunque sí en más de una ocasión. Una primera STS de 7 de junio de 1993 entendió que la limitación legal contenida en el art. 794.3 L.E.Crim., en cuya virtud «la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones» tiene un sentido más restrictivo que no limita exclusivamente imponer pena de categoría superior (prisión menor en vez de arresto) sino cualquier *quantum* punitivo que exceda de lo solicitado. Por su parte, las SSTS de 30 de enero y 12 de septiembre de 1995 reconocieron que hubo quebranto del principio acusatorio y de la congruencia por haberse impuesto una pena accesoria —el comiso— no pedida expresamente por el Fiscal, ni sometida por tanto a debate contradictorio previo, sin que baste al efecto la petición genérica de penas accesorias, como dijo también la STS de 18 de mayo de 1993. Asimismo, en otra de 26 de febrero de 1998, en «un supuesto peculiar», el Tribunal Supremo considera también que infringe el principio acusatorio la condena por la Audiencia a una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal, aunque lo hiciera dentro del marco legal determinado para el delito, condena «difícilmente conciliable con la limitación prevenida en el art. 794.3 L.E.Crim.». A su vez, ese mismo año, otra STS de 30 de diciembre consideró que vulneraba el principio acusatorio una Sentencia que había impuesto al acusado tres penas de igual extensión y naturaleza que la única pedida por la acusación particular.

5. El principio acusatorio en la casación

En definitiva, el Juez Penal no debe legalmente, ni constitucionalmente puede, imponer una pena más extensa cuantitativamente, aun cuando estuviere dentro del marco punitivo del Código, que la pedida por el Fiscal o las demás acusaciones si las hubiere, sea cualquiera el procedimiento o el grado jurisdiccional, con o sin el planteamiento de la tesis que permite el art. 733 L.E.Crim., concebido como válvula de seguridad del sistema acusatorio por quien lo instauró hace más de un siglo. Sin embargo de esta declaración general, la incógnita a despejar en esta sede constitucional no comprometía el ámbito entero del principio acusatorio y estaba circunscrita a una situación muy concreta. Efectivamente, la Sentencia impugnada se pronunció en un recurso de casación, a instancia del Fiscal y habiéndose aquietado la condenada, para cuya ocasión el precepto idóneo era el 902 L.E.Crim., en cuya virtud la llamada segunda Sentencia, que una vez casada la de instancia ha de dictar el Tribunal Supremo por un puro principio de economía procesal, evitando así el reenvío, no tendrá «más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor».

Es evidente que el principio acusatorio ha de guiar el proceso penal en todas sus modalidades, incluso el juicio de faltas (STC 319/1994, de 28 de noviembre) y en cualquiera de todas sus instancias (STS 83/1992, de 28 de mayo), cuando haya apelación y, por supuesto, en la casación, donde el sedicente agravio constitucional se ha producido en este caso. El planteamiento ha de ser, sin embargo, distinto según las etapas procesales, cada una de las cuales tiene su propia regulación, aun cuando en el contenido de la Sentencia coincidan textualmente los preceptos correspondientes (arts. 742, 794.3 y 902 L.E.Crim.) no obstante las encontradas interpretaciones como hemos visto. Ahora bien, entre la posi-

ción de los juzgadores respectivos en el juicio oral y en sede casacional se dan diferencias muy importantes dentro del plano de la legalidad que trascienden para encontrar una dimensión constitucional. La Audiencia Provincial o el Juez de lo Penal que presiden y presencian el desarrollo del juicio, con la más absoluta inmediatez, pueden —a la vista del acervo probatorio— sugerir a las partes, sin prejuzgar el fallo, que reconsideren la calificación jurídica de los hechos, y sólo ella, sin extenderse a las circunstancias modificativas de la responsabilidad ni a la participación de cada uno de los procesados, cuando apreciaren un «manifiesto error» en la propuesta por alguna de las partes, abriendo para ello un debate contradictorio (art. 733 L.E.Crim.), duda metódica del juzgador que éste sólo podrá utilizar en su Sentencia, por cierto, si fuere asumida por alguna de las partes en el proceso y la propugnare. Esta posibilidad de plantear la llamada «tesis» en el argot o terminología forense está vedada en la casación, donde no se da inmediatez alguna y la Sala Segunda juega con un relato de los hechos ajeno, como dato y no como incógnita, construyéndose su función a la mera declaración de lo que sea el Derecho, sustantivo o formal, para el caso concreto, sin que —por lo tanto— al dictar la segunda Sentencia ejerza una «plena jurisdicción» como a veces se dice con cierta inexactitud.

Le está vedada, pues, en tal coyuntura la individualización de la pena para cuya operación carece de elementos de juicio. En efecto, la valoración de la prueba en su conjunto es función privativa del juzgador de instancia, de quien preside la secuencia completa, el desarrollo del juicio oral. Sólo se puede saber si un testigo o un perito, o el mismo acusado, mienten o dicen la verdad mirándoles a los ojos, oyendo el tono de su voz y observando sus gestos. Esto es lo que en el lenguaje forense se conoce por inmediatez y pone de relieve el carácter presencial de los medios de prueba más importantes y frecuentes (el testimonio, la pericia y la inspección ocular) practicados ante Jueces profesionales con suficiente experiencia bajo el fuego graneado del interrogatorio cruzado y la crítica del testimonio, propios aquél y ésta del principio de contradicción. El Tribunal Supremo carece, como tal institución y precisamente por serlo, de esa experiencia, aunque puedan tenerla muchos de sus componentes, y el conjunto de la prueba es para él una pila de papeles sin vida, transcripciones incompletas de palabras disecadas. Sólo se puede tomar la medida de la culpa de quien se condena para adaptar la pena a su persona teniéndole delante y conociendo, hasta donde resulte posible, su biografía procesal. Consciente de ello, como no podía ser menos, el propio Tribunal Supremo ha autolimitado su potestad correctora y ha dicho, en consecuencia, que «no es revisable en casación la determinación de la pena verificada por el Tribunal de instancia en ejercicio de su arbitrio, concedido por el legislador, siempre que se motive de forma suficiente la individualización y que las razones dadas para llegar a la misma no sean arbitrarias» (STS de 14 de mayo de 1999).

6. La imparcialidad del Juez

Una última perspectiva, desde la posición constitucional del juzgador, pone de manifiesto que su imparcialidad se ve disminuida por cualquier actuación *ex officio*, al menos en su apariencia y, sobre todo, cuando tercia espontáneamente en el debate y ejercita su potestad para imponer una pena más gravosa que la pedida por la acusación, con la misma calificación jurídica, sin que previamente las partes hayan tenido siquiera la oportunidad real de debatir esa «tercera opinión», rompiendo su hieratismo o su indiferencia institucionales. Desde

este punto de partida se hace necesario dar un paso más para reforzar y garantizar al máximo esa cualidad socrática del Juez situado «por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o la inocencia» (SSTC 54/1985, de 18 de abril; FJ 6 y 225/1988, de 24 de octubre; FJ 1). Hoy, cuando ya está fuera de cualquier polémica la necesaria separación de las funciones instructora y enjuiciadora, desde las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los conocidos casos *Piersack y De Cubber*, conviene avanzar paso a paso en esa senda para ir tallando más facetas en esa característica, esencia de lo judicial. No parece dudosa ni problemática la exigencia de que el Juez sea totalmente ajeno al litigio, sin jugarse nada en él, por estar supraordenado a los litigantes, como revela la misma etimología del nombre, magistrado, el que está por encima en el estrado, sin bajar de éstos a la arena para ser «Juez y parte».

La raíz del principio acusatorio conecta aquí, por tanto, con la imparcialidad como requisito determinante de la misma existencia de un proceso en el cual el Juzgador no pueda nunca asumir funciones de parte ni una posición partidista o partidaria. El monopolio de la acción penal por el Fiscal y los demás acusadores pretende excluir la posibilidad de que quien haya de fallar prejuzgue en cierto modo el fallo, formulando de oficio la acusación con el peligro de que se anticipe así «el pensamiento, la opinión, el juicio formulado por el Tribunal, que de este modo desciende a la arena del combate para convertirse en acusación», como escribía el autor de la exposición de motivos tantas veces traída a colación, que remachaba así: «No, los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates». Un proceso penal, en fin, con sus protagonistas clásicos formando un triángulo donde el vértice superior lo ocupe el Juez, equidistante de los dos ángulos inferiores, al mismo nivel, acusador y acusado, Fiscal y Abogado defensor, sin permitir que quiebre la posición impasible y ecuánime de aquél ni que, desde el distanciamiento inherente a quien haya de juzgar, se mezcle y contamine en la contienda, con un evidente prejuicio como es el que le lleva a dar por sí y ante sí más de lo pedido, suplantando a las acusaciones con detrimento de su independencia (STC 134/1986, de 29 de octubre, FJ 1). Si al Fiscal corresponde constitucionalmente la defensa de la sociedad desde la perspectiva de la ley, el Juez tiene una primaria función de garantía (arts. 53 y 117.4 C.E.), por lo que es la primera línea de defensa de los derechos fundamentales, como ha dicho este Tribunal Constitucional siempre que ha tenido oportunidad de hacerlo. Si esto es así, y lo es, con carácter genérico, su exigencia resulta aun más intensa en los grados procesales más altos pero también más angostos.

7. Recapitulación

Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que la Sentencia impugnada, cuya parte dispositiva aumentó en cinco años sin previo aviso ni razonamiento alguno la pedida por el Fiscal a lo largo del proceso en sus dos grados, no obstante coincidir en los hechos, en su calificación como delito incluso la circunstancia agravatoria específica y en la participación de la condenada, ha rebasado el límite intrínseco del principio acusatorio por haber tocado varias de sus piezas. En tal coyuntura nuestra STC 12/1981, de 10 de abril, parece suficientemente expresiva al respecto y marcó el único rumbo que en esta singladura nos puede llevar a buen puerto. Allí se dijo, en efecto, que el recurso de casación por infracción

de Ley se mueve, respecto a la calificación de los hechos, en límites aún más restringidos. El Tribunal Supremo no puede imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o, en su caso, a la que solicite el recurrente cuando éste pida una pena superior a aquélla, sin que pueda hacerse uso de una facultad análoga a la que el citado art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a las Audiencias y Jueces de lo Penal (art. 902 L.E.Crim.), residuo del sistema inquisitivo. Por su parte, y en el mismo sentido, el propio Tribunal Supremo ha entendido que sólo puede confirmar la Sentencia recurrida o acceder a la petición del recurrente y, por ello, ni siquiera en el caso de llegar a la convicción de que fuere correcta una calificación jurídica distinta pero homogénea, procedería «de oficio reformar *in peius*» la decisión impugnada, sino mantener los efectos punitivos de la calificación primitiva (STS de 10 de febrero de 1972, entre otras). En definitiva, lo dicho hubiera llevado directamente a la concesión del amparo constitucional, no sólo por una deficiente motivación, sino por haberse cruzado la raya del sistema acusatorio.

Esto es todo.

Dado en Madrid a siete de marzo de dos mil.—Rafael de Mendizábal Allende.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.

5987 *Pleno. STC 60/2000, de 2 de marzo de 2000. Cuestión de inconstitucionalidad 596/96, 2.127/96, 3.729/98 y 3.938/98 (acumuladas). Planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con el art. 142 n), inciso «o reglamentarias», de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Vulneración del principio de legalidad punitiva: tipificación de infracciones administrativas mediante remisión al Reglamento. Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pedro Cruz Villalón, Presidente; don Carles Viver Pi-Sunyer, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas números 596/96, 2.127/96, 3.729/98 y 3.938/98, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el art. 142 n), inciso «o reglamentarias», de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Han comparecido el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. En fecha 16 de febrero de 1996 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede de Santa Cruz de Tenerife. A él se adjuntaba testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 16/1995, así como Auto de 31 de enero de 1996 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso «o reglamentarias» del art. 142 n) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante L.O.T.T.), «al poder ser contrario al artículo 25.1 de la Constitución».

2. Los términos de la cuestión de inconstitucionalidad, según resulta del Auto de planteamiento y de la documentación adjunta, son los siguientes:

a) Con fecha 11 de junio de 1993, el servicio de inspección de transporte terrestre de Canarias (Consejería de Turismo y Transportes de Canarias), levantó acta de infracción a la empresa «Transtour, S. L.», por transportar en vehículo de servicio discrecional (con capacidad superior a diez plazas) a sólo dos pasajeros desde el Aeropuerto de Tenerife-sur hasta un hotel en la playa de las Américas. Aquella conducta fue calificada como infracción leve del art. 142 n) L.O.T.T., en relación con el art. 199 o) del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre, y con el art. 4 del Decreto del Gobierno de Canarias 12/1992, de 7 de febrero, sobre otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones de transporte por carretera. En la resolución que puso fin al procedimiento (fecha el 3 de diciembre de 1993) se impuso a la empresa «Transtour, S. L.», una multa de 46.000 pesetas. Recurrida esta resolución en vía administrativa, fue confirmada por otra de 13 de octubre de 1994. Contra las anteriores resoluciones administrativas se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife (recurso núm. 16/1995).

b) Por providencia de 27 de noviembre de 1995 acordó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife conceder un plazo de diez días a fin de que las partes del proceso y el Ministerio Fiscal alegasen lo procedente respecto de la posible inconstitucionalidad parcial del art. 142 n) L.O.T.T., precepto determinante para la resolución del recurso, por posible contravención del art. 25.1 C.E. Evacuado el trámite, se dictó Auto de 31 de enero de 1996, por el que se eleva la cuestión de inconstitucionalidad a este Tribunal.

3. En opinión del órgano judicial, el precepto cuestionado viola la reserva de Ley que en materia sancionadora establece el art. 25.1 C.E. A juicio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, el art. 142 n), inciso «o reglamentarias», de la L.O.T.T. no determina con precisión la conducta típica a la que va aparejada la sanción, sino que remite a posteriores normas de desarrollo la determinación íntegra de la conducta sancionable. De esta manera, tanto la descripción de conductas sancionables en el art. 4 del Decreto del Gobierno de Canarias 12/1992, de 7 de febrero, como la imposición de una sanción concreta al amparo de este precepto, carecerían de cobertura legal suficiente. De acuerdo con lo anterior, y a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en STC 341/1993, el art. 142 n) L.O.T.T. en su inciso «o reglamentarias» sería inconstitucional por contrario a la reserva de Ley del art. 25.1 C.E. En nada afectaría a esta conclusión la posterior STC 102/1994, toda vez que en ella se considera no inconstitucional la remisión a Reglamentos para la integración del tipo